



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 19 juni 2014*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling av tjänster — Direktiv 2004/18/EG — Tilldelning av kontrakt utan offentlig upphandling (så kallad in house-tilldelning) — Den enhet som tilldelats kontraktet är juridiskt fristående i förhållande till den upphandlande myndigheten — Enhet som tillhandahåller tjänster avseende bistånd och stöd i samband med sjukvårdsverksamhet — Allmännyttig ideell förening — Majoriteten av medlemmarna utgörs av de upphandlande myndigheterna — Minoriteten av medlemmarna utgörs av privata välgörenhetsorganisationer — Verksamhet som med minst 80 procent av årsomsättningen utförs till förmån för medlemmarna”

I mål C-574/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) genom beslut av den 6 november 2012, som inkom till domstolen den 7 december 2012, i målet

Centro Hospitalar de Setúbal EPE,

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

mot

Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna E. Juhász (referent), A. Rosas, D. Šváby och C. Vajda,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 november 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Centro Hospitalar de Setúbal EPE, genom M. Real Martins och S. Alves Ribeiro, advogados,

— Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH), genom M. Claro, advogada,

* Rättegångsspråk: portugisiska.

- Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, genom M. Lucas Rodrigues, advogada,
- Portugals regering, genom L. Inez Fernandes och A. Navegas, båda i egenskap av ombud,
- Spaniens regering, genom J. García-Valdecasas Dorrego, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom M. Afonso, A. Tokár och M. Noll-Ehlers, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 27 februari 2014 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Den hänskjutande domstolen önskar genom denna begäran om förhandsavgörande att domstolen ska klargöra sin praxis om offentlig upphandling genom vilken kontrakt tilldelas direkt, så kallad in house-tilldelning, utan tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Centro Hospitalar de Setúbal EPE (ett sjukhus i Setúbal, nedan kallat CHS) och Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (en ideell förening som tillhandahåller tjänster till sjukhus, nedan kallat SUCH) och, å andra sidan, Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (nedan kallat Eurest). Målet rör frågan huruvida CHS ska anses ha haft rätt att direkt tilldela SUCH ett offentligt kontrakt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

- 3 I direktiv 2004/18 återfinns de bestämmelser som ska tillämpas på kontrakt som tilldelas av de upphandlande myndigheterna.
- 4 I skäl 4 i direktivet anges följande:
"Om ett offentligrättsligt organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids."
- 5 Artikel 1 i direktivet har rubriken "Definitioner". Punkt 2 a i artikeln innehåller följande definition:
"*offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv."

6 Artikel 1.8 i direktivet innehåller följande definition:

”entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör: beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

Termen ekonomisk aktör betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Den används enbart i syfte att förenkla texten.

...”

7 Punkt 9 i nämnda artikel 1 innehåller en detaljerad definition av vilka enheter som avses med upphandlande myndigheter och som ska inleda ett upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i direktiv 2004/18, då ett kontrakt med ekonomiska villkor ska ingås med en ekonomisk aktör.

8 I artikel 7 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Tröskelvärden för offentliga kontrakt”, fastställs de uppskattade tröskelvärden över vilka tilldelning av ett kontrakt ska ske enligt direktivets bestämmelser. Dessa tröskelvärden ändras regelbundet genom kommissionens förordningar och anpassas till de ekonomiska förhållandena. Vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet hade tröskelvärdet för tjänstekontrakt tilldelade av andra upphandlande myndigheter än centrala statliga myndigheter fastställts till 193 000 euro genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 (EUT L 314, s. 64).

9 I avdelning II i direktiv 2004/18 finns kapitel III, med rubriken ”Regler som skall tillämpas på offentliga tjänstekontrakt”. I dess artikel 20 föreskrivs följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A skall tilldelas enligt artiklarna 23–55.”

10 Artikel 21 i direktivet, som ingår i samma kapitel III, har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4.”

11 I bilaga II B till direktiv 2004/18 finns ”Hotell- och restaurangtjänster” förtecknade i kategori 17.

Tilldelning av kontrakt utan tillämpning av de förfaranden som fastställs i direktiv 2004/18 – Så kallad in house-tilldelning

12 Villkoren för en sådan tilldelning har slagits fast och utvecklats genom domstolens praxis, enligt vilken ett anbuds förfarande i enlighet med direktiv 2004/18 inte är obligatoriskt för det fall att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över en i förhållande till myndigheten fristående enhet, som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger den (se, för ett liknande resonemang, dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50).

13 Domstolen har även ansett att den omständigheten att ett privat företag ingår som delägare, även om det är i minoritet, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i alla händelser utesluter att nämnda myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet. Privata investeringar i företag styrs nämligen alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och har andra mål än allmänintresset (se dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkterna 49 och 50).

Portugisisk rätt

- 14 Direktiv 2004/18 har införlivats med den portugisiska rättsordningen genom lagen om offentlig upphandling, som godkänts genom lagdekret nr 18/2008 av den 29 januari 2008, i dess ändrade lydelse såsom den på nytt offentliggjorts i bilaga till lagdekret nr 287/2009 av den 2 oktober 2009 (*Diário da República*, serie 1, nr 192, av den 2 oktober 2009) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).
- 15 Artikel 5.2 i lagen om offentlig upphandling, i vilken det hänvisas till domstolens praxis som det har erinrats om i punkterna 12 och 13 i förevarande dom, har följande lydelse:
- ”Del II i denna lag ska inte heller tillämpas på kontrakt som de upphandlande myndigheterna ingår med en annan enhet, oavsett vad kontraktet avser, under förutsättning att
- a) den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över enheten i fråga, själv eller tillsammans med andra upphandlande myndigheter, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och
 - b) denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med en eller flera upphandlande myndigheter som utövar en kontroll över enheten motsvarande den som avses i föregående stycke.”

Det nationella målet och tolkningsfrågorna

- 16 Den 27 juli 2011 ingick CHS, som är ett offentligt sjukhus, ett avtal med SUCH, som innebar att SUCH skulle leverera måltider till patienter och personal vid CHS (nedan kallat 2011 års avtal). Avtalet avser ett tjänstekontrakt som SUCH tilldelats direkt utan tillämpning av de anbudsförfaranden som föreskrivs i direktiv 2004/18. Avtalsparterna ansåg nämligen att det förelåg ett ”in house”-förhållande mellan SUCH och de offentliga sjukhus som är medlemmar i SUCH. Syftet med avtalet var att medlemmarnas behov skulle tillgodoses med interna medel.
- 17 2011 års avtal gäller för perioden den 10 augusti 2011–9 augusti 2016 och kan förnyas. Avtalets belopp uppgår till 1 295 289 euro per år och sammanlagt till 6 476 445 euro för de fem år under vilka avtalet gäller.
- 18 Såsom framgår av de handlingar som domstolen tillhandahållits bildades SUCH genom lagdekret nr 46/668 av den 24 november 1965. Dess stadgar godkändes i oktober 2010 av statssekreteraren för hälsa. Enligt artikel 2 i stadgarna är SUCH en ideell förening som har i uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster. Den ska göra det möjligt för medlemmarna att tillgodose sina egna behov. Det innebär att SUCH är skyldig att ta initiativ för att förbättra kapaciteten och effektiviteten i medlemmarnas verksamhet, så att stordriftsfördelar kan uppkomma, och således att bidra till en hållbar ekonomi inom det nationella systemet för social trygghet.
- 19 Enligt artikel 7 i SUCH:s stadgar kan föreningens medlemmar utgöras av enheter som hör till den offentliga sektorn eller den sociala sektorn, nämligen ideella institutioner för social solidaritet, inklusive inrättningar och avdelningar vid hälsoministeriet och andra ministerier. SUCH ska dessutom se till att röstmajoriteten i stämman innehåller av de offentligrättsliga medlemmar som är underkastade de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälsoområdet.
- 20 Det föreskrivs vidare i artikel 5 i stadgarna att SUCH även får tillhandahålla tjänster i en konkurrens- och marknadssituation till offentliga organ som inte är medlemmar i föreningen eller till privata sammanslutningar, såväl inhemska som utländska, under förutsättning att det inte är till men för dess

medlemmar utan är till fördel för dem och SUCH, både i ekonomiskt hänseende och beträffande teknisk utveckling. Sådana tjänster ska emellertid vara underordnade i förhållande till den verksamhet som SUCH bedriver och faktureringen av dem får inte utgöra mer än 20 procent av föreningens totala årsomsättning för föregående räkenskapsår.

- 21 Vid tidpunkten då 2011 års avtal ingicks hade SUCH 88 medlemmar, däribland 23 privata ideella institutioner för social solidaritet, varav 20 välgörenhetsorganisationer (Misericórdias).
- 22 Eurest, ett bolag som är verksamt inom sektorn för tillhandahållande av sådana tjänster som dem som avses med 2011 års avtal, väckte talan vid Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada (nedan kallad Tribunal Administrativo) om ogiltigförklaring av nämnda avtal. Genom dom av den 30 januari 2012 ogiltigförklarade nämnda domstol 2011 års avtal. Den angav som skäl att det inte förekom ett sådant förhållande avseende kontroll mellan CHS och SUCH som kunde motivera att det aktuella kontraktet tilldelades direkt.
- 23 Tribunal Administrativo grundade sin bedömning på en dom i vilken Tribunal de Contas hade slagit fast att antalet medlemmar i SUCH som inte var offentliga organ, dess omfattande självständighet och dess oberoende i förhållande till myndigheterna, den särskilda dynamik med vilken dess styrelse fungerade samt den omständigheten att SUCH är en mycket stor och komplex organisation av företagskaraktär medförde att villkoren i artikel 5.2 i lagen om offentlig upphandling inte kunde anses vara uppfyllda, trots de ändringar som hade gjorts i SUCH:s stadgar. Denna dom har fastställts i en dom av Tribunal de Contas i plenum av den 3 juli 2012.
- 24 CHS och SUCH överklagade domen från Tribunal Administrativo till Tribunal Central Administrativo do Sul, som genom dom av den 26 april 2012 ogillade överklagandet och fastställde den överklagade domen, varvid den grundade sig på Tribunal de Contas motivering i ovannämnda dom. CHS och SUCH överklagade då till den hänskjutande domstolen, Supremo Tribunal Administrativo, och upprepade sina argument om att det förelåg ett internt förhållande mellan SUCH och de offentliga sjukhus som utgör majoriteten av dess medlemmar.
- 25 Supremo Tribunal Administrativo har påpekat att ett offentligt sjukhus, såsom CHS, utgör en upphandlande myndighet, eftersom det är en offentlighetsjuridisk person. Det avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med SUCH, som är en fristående enhet i förhållande till den upphandlande myndigheten, utgör ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Supremo Tribunal Administrativo har inför prövningen av huruvida detta kontrakt kunde tilldelas direkt framhållit att den ”motsvarande kontroll” som i detta hänseende krävs, enligt domstolens praxis, kan utövas över den enhet som tilldelats kontraktet av flera upphandlande myndigheter tillsammans. Den har tillagt att denna kontroll innebär en befogenhet för den eller de upphandlande myndigheterna att utöva ett faktiskt inflytande över inte bara enhetens strategiska beslut, utan även dess löpande drift.
- 26 Supremo Tribunal Administrativo har emellertid understrukit att den specifika rättsliga karaktären hos SUCH, som även har privata institutioner för social solidaritet som medlemmar, ger upphov till nya frågor mot bakgrund av den praxis från domstolen som följer av domen Stadt Halle och RPL Lochau (EU:C:2005:5). Supremo Tribunal Administrativo är osäker på huruvida det enligt denna praxis krävs att ett privat företag som äger andelar i kapitalet i ett bolag i vilket även den upphandlande myndigheten äger andelar nödvändigtvis har ett vinstsyfte.
- 27 Mot bakgrund av de anmärkningar som framställts av Tribunal de Contas önskar Supremo Tribunal Administrativo även få klarhet i frågan huruvida villkoret om ”motsvarande kontroll” är uppfyllt i förevarande fall, med beaktande av antalet medlemmar i SUCH som inte är offentliga organ, det slag av tillsyn som utövas över föreningen av de upphandlande myndigheter som är medlemmar i denna och av myndigheterna, dess storlek och komplexa organisation samt dess eventuella möjlighet att agera självständigt i förhållande till myndigheterna.

- 28 Såvitt avser det andra villkoret enligt domstolens praxis, det vill säga kravet på att den aktuella enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger den, har Supremo Tribunal Administrativo påpekat att det av denna praxis följer att den enhet som har tilldelats kontraktet ska agera som en aktör som uteslutande eller, nästan uteslutande, ägnar sig åt att tillgodose sina eller de upphandlande myndigheternas behov och att all annan verksamhet endast ska vara av marginell karaktär. Den hänskjutande domstolen undrar om detta villkor är uppfyllt om det är möjligt för en sådan enhet som SUCH att tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till utomstående enheter upp till 20 procent av föreningens totala årsomsättning för föregående räkenskapsår.
- 29 Mot denna bakgrund har Supremo Tribunal Administrativo, som ska döma i saken i sista instans, beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Är det förenligt med gemenskapens rättspraxis rörande ’in house’-tilldelning att ett offentligt sjukhus utan att följa det lagstadgade upphandlingsförfarandet tilldelar en ideell förening som sjukhuset är medlem i och som har i uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster inom hälsoområdet för att öka medlemmarnas effektivitet och kompetens, ett kontrakt för att tillhandahålla en tjänst i form av leverans av mat till sjukhus, som omfattas av dess behörighet, och därmed överläter ansvaret för dess uppgifter inom detta område på föreningen, när det enligt föreningens stadgar inte bara är organ inom den offentliga sektorn som kan vara medlemmar i den utan även enheter inom den sociala sektorn, och när 23 av de sammanlagt 88 medlemmarna vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet var privata institutioner för social solidaritet, däribland välgörenhetsorganisationer?
 - 2) Kan den enhet som tilldelats kontraktet anses vara underställd sina offentlighetsrättsliga medlemmar i beslutshänseende på ett sådant sätt att dessa medlemmar, var och en för sig eller tillsammans, utövar en kontroll över nämnda enhet som motsvarar den som de utövar över sin egen verksamhet, när enheten enligt sina stadgar ska se till att röstmajoriteten innehas av de medlemmar vilka är underkastade de befogenheter med avseende på ledning, kontroll och tillsyn som tillkommer den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och när majoriteten i dess styrelse utgörs av offentlighetsrättsliga medlemmar?
 - 3) Kan villkoret om ”motsvarande kontroll” anses uppfyllt mot bakgrund av gemenskapens rättspraxis rörande ’in house’-tilldelning, när den enhet som tilldelats kontraktet enligt dess stadgar står under tillsyn av den regeringsmedlem som ansvarar för hälso- och sjukvårdsområdet och som har befogenhet att utse styrelsens ordförande och vice ordförande, godkänna stämmans beslut rörande upplåning som innebär en nettoskuldssättningsgrad på minst 75 procent av det egna kapital som redovisats för föregående räkenskapsår, godkänna beslut om stadgeändringar, godkänna stämmans beslut om upplösning av nämnda enhet samt besluta hur dess tillgångar ska disponeras om den upplöses?
 - 4) Kan förhållandet mellan den enhet som tilldelats kontraktet och dess offentlighetsrättsliga medlemmar betecknas som en rent intern tilldelning eller ’in house’-tilldelning, mot bakgrund av att enheten är en stor och komplex organisation som är verksam i hela Portugal, har merparten av Serviço Nacional de Saúde organ och institutioner som medlemmar, däribland de största sjukhusen i landet, har en beräknad omsättning på cirka 90 miljoner euro, bedriver verksamhet inom en rad olika komplexa områden och har anmärkningsvärda verksamhetsindikatorer, med mer än 3 300 anställda, samt är delägare i två kompletterande företagskonsortier och två bolag?
 - 5) Kan villkoren för ’in house’-tilldelning anses uppfyllda, i synnerhet villkoret om ’huvuddelen av verksamheten’ i artikel 5.2 b i lagen om offentlig upphandling, mot bakgrund av att den enhet som tilldelats kontraktet enligt stadgarna får tillhandahålla tjänster i en konkurrenssituation till offentliga organ som inte är medlemmar i nämnda enhet eller till privata enheter, såväl inhemska som utländska, (i) under förutsättning att det inte är till men för enhetens medlemmar utan är till

fördel för dem och enheten, i ekonomiskt hänseende eller beträffande teknisk utveckling, och (ii) under förutsättning att tillhandahållandet av dessa tjänster inte utgör mer än 20 procent av enhetens totala årsomsättning som redovisats för föregående räkenskapsår?

- 6) Om svaren på var och en av ovanstående frågor inte i sig är tillräckliga för att slå fast huruvida villkoren i artikel 5.2 i lagen om offentlig upphandling är uppfyllda mot bakgrund av gemenskapens rättspraxis om 'in house'-tilldelning, kan det slås fast att det föreligger en sådan typ av tilldelning genom att det görs en samlad bedömning av dessa svar?"

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 30 Domstolen påpekar inledningsvis att det framgår av bestämmelserna i kapitel III i avdelning II i direktiv 2004/18 att tillämpningen av direktivets bestämmelser varierar beroende på vilken kategori av tjänster som är i fråga. Det förefaller, i enlighet med uppgifterna i de handlingar som domstolen tillhandahållits, som om de tjänster som avses med 2011 års avtal omfattas av bilaga II B till direktivet.
- 31 Det är emellertid den hänskjutande domstolen som är behörig att göra en sådan tolkning, på grundval av de faktiska omständigheterna i det mål som pågår vid den. Nämnade tolkning kan i vart fall inte ha någon betydelse för vare sig tillämpningen av direktiv 2004/18 i sig eller tillämpningen av undantaget avseende "in house"-transaktioner, om de villkor som i detta avseende gäller enligt domstolens praxis är uppfyllda.

Den första frågan

- 32 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida villkoret om "motsvarande kontroll" – som fastställts i EU-domstolens praxis för att en tilldelning av ett offentligt kontrakt ska kunna anses utgöra en "in house"-transaktion och för att det ska kunna tilldelas direkt, utan tillämpning av direktiv 2004/18 – är uppfyllt när den enhet som tilldelas kontraktet är en allmännyttig ideell förening och det enligt föreningens stadgar inte bara är organ inom den offentliga sektorn som kan vara medlemmar i den, utan även privata ideella institutioner för social solidaritet, och när de sistnämnda vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet utgjorde en betydande del, även om de var i minoritet, av antalet medlemmar i den förening som tilldelats kontraktet.
- 33 Det ska i detta hänseende först erinras om att den omständigheten att den enhet som tilldelats kontraktet har bildats i den rättsliga formen av en privaträttslig förening och att den inte bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst saknar betydelse för tillämpningen av de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling och, följaktligen, av domstolens praxis om undantaget avseende "in house"-transaktioner. En sådan omständighet utesluter nämligen inte att den aktuella enheten kan bedriva ekonomisk verksamhet (se, för ett liknande resonemang, dom Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 41, och CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 45).
- 34 Det ska härefter påpekas att den huvudsakliga frågan i förevarande fall är huruvida den rättspraxis som följer av domen Stadt Halle och RPL Lochau (EU:C:2005:5) ska tillämpas, eftersom SUCH inte har bildats i form av ett bolag och således inte förfogar över något bolagskapital och eftersom dess medlemmar som hör till den sociala sektorn inte är företag i den mening som avses i nämnda dom.
- 35 Det ska härvid understrykas att undantaget avseende "in house"-transaktioner bygger på synsättet att det i sådana fall kan anses att den upphandlande myndigheten har tillgång till egna medel för att utföra sina uppgifter av allmänintresse.

- 36 Ett av de resonemang som domstolen lade till grund för slutsatserna i domen Stadt Halle och RPL Lochau (EU:C:2005:5) baserade sig varken på den rättsliga formen hos de privata enheter som ingick i den enhet som tilldelats kontraktet eller på deras kommersiella syfte, utan på den omständigheten att dessa privata enheter styrdes av överväganden som var specifika för deras privata intressen, som var av annat slag än de mål av allmänintresse som eftersträvades av den upphandlande myndigheten. Det kunde därför inte anses att den upphandlande myndigheten utövade en kontroll över den enhet som tilldelats kontraktet som motsvarade den som myndigheten utövade över sin egen förvaltning (se, för ett liknande resonemang, dom Stadt Halle och RPL Lochau, EU:C:2005:5, punkterna 49 och 50).
- 37 Mot bakgrund av den hänskjutande domstolens hänvisning till det förhållandet att SUCH är en ideell förening och att de privaträttsliga medlemmarna, som hörde till föreningen vid tidpunkten då det aktuella kontraktet tilldelades, utgjordes av privata ideella institutioner för social solidaritet, ska följande påpekande göras. Den omständigheten att domstolen i domen Stadt Halle och RPL Lochau (EU:C:2005:5) hänvisade till sådana begrepp som ”företag” och ”bolagskapital” är en följd av de konkreta omständigheterna i nämnda mål och innebär inte att domstolen har avsett att dess slutsatser endast ska gälla för de fall där kommersiella företag som bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst är delägare i den enhet som tilldelats kontraktet.
- 38 Ett annat resonemang som domstolen lade till grund för slutsatserna i domen Stadt Halle och RPL Lochau (EU:C:2005:5) var att en direkt tilldelning av ett kontrakt skulle ge en privat enhet som ägde en del av den enhet som tilldelats kontraktet en fördel gentemot sina konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, dom Stadt Halle och RPL Lochau, EU:C:2005:5, punkt 51).
- 39 I det nu aktuella nationella målet har de privaträttsliga medlemmarna i SUCH intressen och mål som, hur legitima de än kan vara ur social synvinkel, är av annat slag än dem som eftersträvas av de upphandlande myndigheter som också är medlemmar i SUCH.
- 40 Såsom generaladvokaten har konstaterat i punkt 37 i sitt förslag till avgörande, är det inte heller uteslutet att de privaträttsliga medlemmarna i SUCH, trots sin ställning som ideella institutioner för social solidaritet, kan utöva ekonomisk verksamhet i konkurrens med andra ekonomiska aktörer. Den omständigheten att ett kontrakt tilldelas SUCH direkt kan följaktligen medföra att dess privaträttsliga medlemmar ges en konkurrensfördel.
- 41 De bedömningar som domstolen lade till grund för de slutsatser som det har redogjorts för i punkterna 36 och 38 i förevarande dom äger följaktligen giltighet även under sådana omständigheter som är aktuella i det nationella målet.
- 42 Den omständigheten att de privaträttsliga medlemmar som ingår som delägare i den enhet som tilldelats kontraktet endast är en minoritet påverkar inte dessa slutsatser (se, för ett liknande resonemang, dom Stadt Halle och RPL Lochau, EU:C:2005:5, punkt 49).
- 43 Det ska slutligen framhållas att det i princip är irrelevant att SUCH enligt sina stadgar bara hade en möjlighet att ta in privata enheter som sina medlemmar. Den omständighet som är relevant i förevarande fall är att SUCH, vid tilldelningen av det aktuella kontraktet, faktiskt var sammansatt av inte bara offentligrättsliga medlemmar, utan också av enheter som hörde till den privata sektorn.
- 44 Mot bakgrund av det anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. När den enhet som tilldelas ett offentligt kontrakt är en allmännyttig ideell förening som, vid tilldelningen av kontraktet, har inte bara organ som hör till den offentliga sektorn som sina medlemmar, utan även privata ideella institutioner för social solidaritet, är villkoret om ”motsvarande kontroll” – som fastställts i domstolens praxis för att en tilldelning av ett offentligt kontrakt ska kunna anses utgöra en ”in house”-transaktion – inte uppfyllt, vilket innebär att direktiv 2004/18 ska tillämpas.

Den andra till den sjätte frågan

- 45 Mot bakgrund av svaret på den första frågan saknas anledning att besvara övriga frågor.

Rättegångskostnader

- 46 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

När den enhet som tilldelas ett offentligt kontrakt är en allmännyttig ideell förening som, vid tilldelningen av kontraktet, har inte bara organ som hör till den offentliga sektorn som sina medlemmar, utan även privata ideella institutioner för social solidaritet, är villkoret om ”motsvarande kontroll” – som fastställts i domstolens praxis för att en tilldelning av ett offentligt kontrakt ska kunna anses utgöra en ”in house”-transaktion – inte uppfyllt, vilket innebär att Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tillämpas.

Underskrifter